

Brice Crottet

Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011,
coll. Leviathan, 294p.

1. *Le droit et la nécessité* (2011) constitue le troisième recueil d'articles de Michel Troper, qui, après *Pour une théorie juridique de l'État* (1994)¹ et *La théorie du droit, le droit, l'État* (2001)², fournit le dernier état de sa pensée juridique. Celle-ci a déjà fait l'objet de nombreux commentaires, qu'il s'agisse de controverses célèbres qui l'ont vu s'affirmer³, d'ouvrages consacrés à une analyse de sa portée dans le paysage théorique français⁴, ou encore de colloques ayant pour objet certaines théories qui la composent⁵.

Au-delà des critiques qui ont pu être adressées à tel ou tel aspect de sa pensée, tous s'accordent à saluer l'œuvre de l'auteur, ces écrits formant un tout dont l'unité et la cohérence se seraient construites au gré des pages et des années⁶. Évaluer ce troisième recueil suppose, par conséquent, de le comparer aux écrits précédents de l'auteur, soit qu'il apporte de nouvelles précisions sur des théories déjà présentes, soit qu'il constitue une rupture dans la pensée troperienne.

* * *

¹ Paris, PUF, 1994, coll. Léviathan, 360p.

² Paris, PUF, 2001, coll. Léviathan, 334p.

³ V. notamment, Amsselek P. « Réflexions critique autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *R.D.P.*, 1978, pp.5-19 et Troper M., « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amsselek », *R.D.P.*, 1978, pp.1523-1536 ; V. également, Pfersmann O., « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie – En réponse à Michel Troper », *R.F.D.C.*, 2002-4, pp.759-788, Pfersmann O., « Contre le néo-réalisme juridique – Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002-4, pp.789-836 (publié antérieurement, dans le n°50 de la *R.F.D.C.*, dans une version incomplète) et Troper M., « Réplique à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.*, n°50, pp.335-353.

⁴ V. en particulier, le numéro spécial de la revue *Droits* consacré à Michel Troper (*Droits*, n°37, 2003, pp.3-171).

⁵ V. par exemple le cycle de conférences organisées par Dogma, sur *l'argumentation des juristes et ses contraintes* (journées des 17 décembre 2009, 18 mars 2010, 26 novembre 2010 et 18 mars 2011) qui ont examiné, en détails, la théorie des contraintes.

⁶ V. notamment, Rials S., « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n°37, pp.51s.

2. Une première lecture de *Le droit et la nécessité* pourrait tout d'abord s'avérer surprenante. Les deux premiers recueils d'articles mettaient en avant une relation entre trois éléments : la théorie, le droit et l'État. Ce troisième opus semble au contraire remplacer cette trilogie par la confrontation du seul droit à la nécessité. L'État et la théorie semblent avoir, à en croire le titre, disparu du champ d'étude que Michel Troper se propose de couvrir. Cette première impression n'est vraie, en revanche, que pour le seul titre. La structure générale de l'ouvrage se subdivise en quatre parties (Théorie du droit ; Théorie de l'État ; Théorie constitutionnelle ; Histoire) dont chacune met effectivement en relation les trois objets traditionnellement étudiés par l'auteur. La principale question que pose cette première observation tient dès lors à la place de la nécessité dans la pensée troperienne.

A ce titre, un lecteur peu attentif pourrait s'étonner de voir la nécessité mise en avant dans le titre, et si peu présente dans les développements retranscrits dans ce volume, ou dans la structure même de l'ouvrage. D'une part, le thème de la nécessité ne fait pas l'objet d'un chapitre, c'est-à-dire d'une analyse spécifique et individualisée⁷. D'autre part, une rapide analyse statistique révèle que le terme nécessité n'apparaît qu'assez rarement⁸. Cet outil statistique est évidemment peu pertinent en soi, et *a fortiori* quand il s'agit d'un recueil d'articles. Pourtant, ces deux facteurs pris conjointement permettraient, *a priori*, de douter du lien existant entre le titre de l'ouvrage et son contenu.

3. Ce lien semble d'autant plus ténu que les différents articles reproduits retracent certains aspects déjà connus de la pensée troperienne. Premièrement, le propos de l'auteur reproduit régulièrement la théorie réaliste de l'interprétation et réaffirme la position spécifique des juges constitutionnels en ce qu'ils sont les véritables créateurs des normes. Le « dogme » de la complétude est ainsi analysé au titre d'une théorie scientifique – d'origine libérale ou non – destinée à dissimuler ou à révéler le pouvoir créateur des juges⁹. Le contrôle de constitutionnalité est étudié afin d'expliquer la manière par laquelle la science du

⁷ V. néanmoins la préface de l'ouvrage et les analyses qui y sont consacrées, *infra*.

⁸ Nous avons ainsi relevé que le terme « nécessité » apparaît une vingtaine de fois, la plupart des occurrences se révélant finalement peu pertinentes. La notion de nécessité semble finalement éclairée, d'une manière assez succincte, en fin de préface et à la toute fin de l'ouvrage. Cette analyse ne serait finalement qu'assez peu utile si la notion de nécessité n'était pas absente de l'index (V. l'index des concepts, in *Le droit et la nécessité*, p.288).

⁹ V. « Le « dogme » de la complétude », *ibid.*, pp.19s.

droit ou les acteurs même du système mettent en oeuvre plusieurs théories explicatives destinées à le justifier¹⁰, quels que puissent être les effets de telles justifications sur la compréhension des théories et concepts juridiques ainsi utilisés¹¹. Et la notion de « suprématie de la constitution » se révèle, selon l'auteur, être une construction intellectuelle spécifique, qui, d'une part, permet de justifier d'une manière habile le contrôle de constitutionnalité¹², et, d'autre part, de dissimuler comment le juge constitutionnel « constitue la constitution »¹³ en déterminant par lui-même, pour le présent et le futur, la hiérarchie des normes¹⁴ au fondement du système juridique qu'il construit¹⁵.

Deuxièmement, la notion de contrainte fait l'objet d'un chapitre spécifique, tandis que plusieurs articles illustrent la théorie correspondante. Le premier chapitre de ce recueil explicite ainsi le lien entre la notion de contrainte et la théorie réaliste de l'interprétation, mais également leur production et leurs effets¹⁶. Plusieurs exemples tirés de l'analyse de la notion d'état d'exception permettent de comprendre comment les acteurs justifient leurs comportements au vu de contraintes qui elles-mêmes restent dans un cadre juridique (constitutionnel) spécifique¹⁷. Par ailleurs, les articles regroupés sous le titre « Histoire » illustrent comment les théories explicatives utilisées par les acteurs pour justifier leurs comportements ou les concepts et théories développées par la science du droit pour décrire certaines évolutions des droits positifs sont le fruit de contraintes¹⁸.

Enfin, de très nombreux développements sont consacrés à la théorie juridique de l'État, reproduisant par la même occasion certaines démonstrations que nous

¹⁰ V. « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *ibid.*, pp.113s.

¹¹ V. par exemple, « Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois sur le droit matériel », *ibid.*, pp.178s.

¹² V. « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *ibid.*, pp.113s et spécialement pp.117s. ; « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », *ibid.*, pp. 142s. et 151s. ; « L'interprétation constitutionnelle », *ibid.*, pp.165s ; « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *ibid.*, pp.274s.

¹³ « L'interprétation constitutionnelle », *ibid.*, pp.165s ; La relation entre la hiérarchie des normes et la hiérarchie des fonctions fait l'objet d'un traitement spécifique par Michel Troper, dans le chapitre consacré à Sieyès (« Sieyès et la hiérarchie des normes », *ibid.*, pp.241s.).

¹⁴ « L'interprétation constitutionnelle », *ibid.*, p.167.

¹⁵ L'idée est déjà présente, évidemment, dans les écrits précédents de Michel Troper. Il suffit ici de renvoyer, notamment, à « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Pour une théorie juridique de l'État*, pp.85s.

¹⁶ « La contrainte en droit », *Le droit et la nécessité*, pp.7-18.

¹⁷ « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *ibid.*, pp.105s.

¹⁸ V. par exemple, « La notion de fonction exécutive dans les constitutions révolutionnaires », *ibid.*, pp.225-235.

avait livrées l'auteur dans les deux premiers recueils d'articles¹⁹, et formulant avec plus de netteté certains aspects de sa pensée. Tout d'abord, Michel Troper réaffirme la spécificité de la théorie juridique de l'État par rapport à la théorie sociologique de l'État, pour mieux marquer la possible complémentarité entre les deux²⁰. L'auteur évoque également un certain nombre de concepts et théories explicatives de l'État dont il étudie l'évolution et leur portée justificatrice des comportements des acteurs du système juridique qu'est l'État. Le concept de souveraineté est ainsi maintenu « intact », à la condition qu'il soit tenu exclusivement comme une théorie fondant un argument d'imputabilité utilisé par les juristes dans leurs discours respectifs²¹. Le concept de « démocratie » est également appréhendé sous cet angle méthodologique de manière à apprécier comment le concept a évolué dès lors qu'il était nécessaire pour les acteurs de justifier leurs actes ou à la science du droit de trouver une théorie explicative plus cohérente de l'état du droit positif²².

4. Les différents thèmes abordés et leur traitement semblent donc en tout point, si ce n'est identique, du moins similaire aux propos que l'auteur avait tenus dans ses écrits précédents. La lecture de l'avant-propos, écrite après les différents articles qui composent ce recueil, fournirait-elle un démenti à cette première impression ?

Celui-ci peut surprendre en ce qu'il ne semble pas réellement introduire les thèmes du droit et de la nécessité, ni même les thèmes traditionnelles de la pensée troperienne. L'interprétation, la théorie juridique de l'État ou la théorie des

¹⁹ Michel Troper a en effet développé et défendu une véritable théorie juridique de l'État en ce que : 1) d'une part, les théories explicatives de l'État ne peuvent être que juridiques (théorie dans un premier sens) ; 2) et, d'autre part, parce que la théorie du droit (théorie dans un deuxième sens) se distingue de la science du droit en ce que son objet n'est pas seulement de décrire des règles positives, mais d'analyser pourquoi et comment les acteurs du système font appel aux théories explicatives de l'État (théorie dans le premier sens) pour justifier leurs discours juridiques. V. spéc. *Pour une théorie juridique de l'État*, pp.18-22. Sur cet aspect de la pensée troperienne, v. Brunet P., « Michel Troper et la « théorie » générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, n°37, pp.87-109.

²⁰ V. « Théorie sociologique et théorie juridique de l'État », *Le droit et la nécessité*, pp.61s.

²¹ V. spécialement, « La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », *ibid.*, pp. 77s ; V. également, pour une illustration de cette argumentation spécifique en terme d'imputabilité, les passages consacrés à ce même thème dans « Sieyès et la hiérarchie des normes », *ibid.*, pp.251s ; V. encore, sur le processus de justification par désignation du souverain, dans « Droit ou légitimité », *ibid.*, p.58.

²² V. par exemple, « Le positivisme et les droits de l'homme », *ibid.*, pp.41-42 ; « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *ibid.*, pp.123s ; ou encore, « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », *ibid.*, pp.199-212.

contraintes sont en effet absentes de cette introduction tandis que la nécessité n'apparaît qu'*in fine*. Le propos de l'auteur est avant tout épistémologique en cela que Michel Troper part du programme d'une philosophie positiviste pour déterminer la spécificité de la théorie générale du droit par rapport à la science du droit. Le titre « *Le droit et la nécessité* » n'exprime donc pas tant un contenu ou une structure spécifique d'un ouvrage que la perspective méthodologique défendue au grès des pages et des articles réunis et structurés à travers un plan tout à fait classique.

Cette façon de fournir une unité à des articles épars n'est pas exclusive à ce troisième opus de Michel Troper. La « préface » de *Pour une théorie juridique de l'État* semblait introduire parfaitement des développements consacrés à la défense d'une véritable théorie juridique de l'État, mais n'était pas tout à fait exempte de considérations sur certains aspects méthodologiques de la théorie générale du droit²³. L'« introduction » de *La théorie du droit, le droit, l'État* plaçait les considérations relatives à la spécificité de la théorie générale du droit au cœur même de la présentation de l'ouvrage, et l'avant-propos du *droit et la nécessité* semble le faire dans des termes très proches.

Ces deux constatations permettent de renverser la première lecture que nous avons présentée en ce qu'elle repose, d'une part, sur une certaine forme de naïveté, et, d'autre part, sur une conception erronée du projet au fondement de l'œuvre de Michel Troper. Les trois recueils d'articles ne constituent pas des étapes déterminées de la pensée de l'auteur, mais plus simplement des ensembles qui permettent d'insister sur certains points du projet épistémologique plus vaste qui semble avoir vu le jour dès ses premiers écrits. De même, s'il est tentant de réduire la pensée de l'auteur aux seules théorie réaliste de l'interprétation et théorie des contraintes, ces éléments apparaissent davantage comme les moyens employés pour défendre une conception de la théorie générale du droit, et ainsi, de justifier une perspective méthodologique spécifique construite au regard de – ou contre – la science du droit.

* * *

²³ « La vieille théorie générale de l'État a malheureusement échappé à l'évolution de la théorie générale du droit, ... » (*Pour une théorie juridique de l'État*, p.18). La volonté exprimée par Michel Troper de constituer une nouvelle théorie juridique de l'État est donc fondée sur un projet épistémologique plus vaste destiné à construire une théorie du droit conforme aux exigences du positivisme juridique. V. *ibid.*, pp. 19s.

5. *Le droit et la nécessité* doit donc faire l'objet d'une deuxième lecture, à savoir une analyse replaçant les développements consacrés à l'interprétation, aux contraintes, à l'État, ou encore à la démocratie, dans la perspective d'une théorie du droit qui cherche à justifier son approche méthodologique.

La spécificité *du droit et la nécessité* semble dès lors devoir être reconstruite. Les thèmes qu'il aborde de manière directe sont autant d'illustrations de la manière dont le droit produit une légitimité particulière que les acteurs du système juridique ou encore la science du droit cherchent à rendre compte dans leurs discours, que ce soit dans le développement de concepts ou de théories explicatives. La nécessité se révèle ici, bien que de manière indirecte, en ce que les évolutions factuelles contraignent les acteurs du système et la science du droit à déployer de nouveaux concepts ou théories, à modifier ceux qui préexistent, de manière à garantir la pleine acceptabilité de leurs actes ou analyses. La légitimité en tant que produit recherché des justifications en droit et par le droit est dès lors le thème central des articles reproduits dans le présent recueil²⁴.

La structure générale du recueil illustre, bien qu'implicitement, la place fondamentale consacrée au thème de la production par le droit d'une légitimité spécifique. D'une part, l'article « Droit ou légitimité »²⁵ constitue le dernier article de la partie consacrée à la théorie du droit et semble, en soi, fournir le dernier élément explicatif des parties qui vont suivre sur la théorie de l'État, la théorie constitutionnelle, ou l'Histoire²⁶. D'autre part, cet article s'achève sur des considérations relatives à la notion de souveraineté, à la notion d'État de droit, ou à la justification de la justice constitutionnelle, qui feront l'objet de développements au cours des pages qui suivent²⁷. Enfin, et surtout, le dernier paragraphe de l'article fournit une clé de compréhension de l'ensemble des analyses présentées par l'auteur sur les modes spécifiques de justification, par les acteurs et/ou par la science du droit, des évolutions historiques et factuelles :

« La légitimité n'est donc pas une condition de validité ou de la juridicité. En revanche, la juridicité produit de la légitimité, si l'on considère que la juridicité

²⁴ La notion de légitimité est ainsi inscrite dans l'index des concepts et il est renvoyé à 11 pages différentes de l'ouvrage. Cet indice formel est assez pauvre en soi, mais doit être lu conjointement à l'absence de renvoi à la notion de nécessité (V. *supra*, note 8).

²⁵ « Droit ou légitimité », *Le droit et la nécessité*, pp.47-58.

²⁶ Et le premier chapitre de la partie consacrée à la théorie de l'État fournit de nombreux propos sur le thème même de la légitimité. V. « Théorie sociologique et théorie juridique de l'État », *ibid.*, pp.71s.

²⁷ V. « Droit ou légitimité », *ibid.*, pp.53s.

n'est pas autre chose que la hiérarchie des normes... [qui] produit un mode de justification spécifique. »²⁸.

6. La deuxième partie de l'ouvrage n'est donc pas tant consacrée à la théorie de l'État qu'aux théories explicatives auxquelles renvoie la construction juridique qu'est l'État. Michel Troper s'intéresse donc aux théories explicatives employées pour justifier et affermir la légitimité des décisions et actes adoptés par les autorités. La théorie juridique de l'État se distingue ici de la théorie sociologique en cela que la seconde décrit le monopole d'une contrainte légitime et les institutions tandis que la première déploie des théories employées dans le processus de légitimation de ces institutions²⁹. La souveraineté constitue ainsi une notion au fondement d'un argument d'imputabilité et renvoie à une théorie explicative légitimant leurs décisions et actes³⁰. De même, l'état d'exception demeure une notion juridique située dans un cadre constitutionnel classique fournissant, pour lui-même et par lui-même, une justification des actes adoptés dans ces situations « exceptionnelles »³¹.

La troisième partie ne porte donc pas sur la théorie constitutionnelle, expression finalement assez déroutante au vu des plans suivis dans les deux précédents recueils d'articles. L'auteur analyse ici comment est justifiée une structure constitutionnelle moderne dans laquelle le contrôle de constitutionnalité, et donc le juge, occupe une place centrale. Il note ainsi que plusieurs théories explicatives ont été présentées de manière à justifier l'avènement de la justice constitutionnelle (*suprématie de la constitution et démocratie*), alors même qu'un tel processus de justification est destiné à légitimer l'intervention d'un juge qui reconstruit nécessairement le système juridique dont il est un élément institutionnel, et qui lui donne sa physionomie. L'avènement de la justice constitutionnelle a donc nécessairement amené une modification des concepts juridiques employés par les acteurs du système, mais également les constructions doctrinales et scientifiques permettant d'en rendre compte³².

La quatrième partie, intitulée de manière générale « Histoire », porte en réalité sur le poids des faits historiques sur la compréhension des théories explicatives

²⁸ *Ibid.*, p.58.

²⁹ V. la partie consacrée à la complémentarité des deux « théories », dans « Théorie sociologique et théorie juridique de l'État », *ibid.*, pp.69s.

³⁰ V. spéc., « La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », *ibid.*, pp.90s.

³¹ V. spéc. « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *ibid.*, pp.108-109.

³² Lire conjointement, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », *ibid.*, pp.139-154 ; « L'interprétation constitutionnelle », *ibid.*, pp.165s ; et « Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois sur le droit matériel », *ibid.*, p.178.

invoquées pour légitimer certaines évolutions des droits positifs, mais également et surtout sur la nécessaire distinction entre l'évolution des concepts juridiques et l'évolution corrélative des théories développées par la science du droit et des erreurs pouvant être commises en l'absence d'une telle distinction entre la théorie, la science et son objet³³.

7. *Le droit et la nécessité* regroupe par conséquent des articles dont l'unité doit être trouvée dans la défense d'une certaine théorie du droit dont l'objet serait de décrire à l'aide d'un métalangage les processus de justification à l'œuvre dans le droit. Elle se distinguerait de la science du droit en ce que son objet ne serait pas exclusivement, ni directement, le droit en tant qu'ensemble de normes, mais également et surtout le droit en tant que discours par lesquels les normes sont posées et qui fait intervenir des théories pour les justifier. D'une part, la théorie du droit en tant que métathéorie rendrait compte de la spécificité du droit et de la science du droit. D'autre part, elle partagerait avec la science du droit ses exigences scientifiques de neutralité axiologique en traitant le droit comme un fait social spécifique.

Cette définition de la théorie générale du droit n'est certes pas nouvelle dans la pensée troperienne, mais les articles regroupés dans ce troisième recueil d'articles insistent davantage encore sur la spécificité des processus de justification à l'œuvre dans et par le droit. *Le droit et la nécessité* a donc un objet spécifique en ce qu'il prolonge un projet épistémologique déjà à l'œuvre dans les premiers articles de l'auteur en s'intéressant aux processus de justification dont l'individualisation a pu être opérée grâce aux premiers écrits de l'auteur sur la théorie de l'interprétation et/ou la théorie des contraintes. La démolition entreprise par Michel Troper³⁴ pourrait donc avoir été volontairement inachevée de manière à révéler le véritable objet de sa théorie.

* * *

³³ V. spéc. les chapitres « Les concepts juridiques et l'histoire », *ibid.*, pp.255s. et « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *ibid.*, pp.269s.

³⁴ V. spéc. Rials S., « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n°37, pp.49-85.

8. Ce constat soulève néanmoins une question nouvelle sur la cohérence du projet épistémologique ici défendu et une troisième lecture, critique, pourra être proposée sur ce fondement. En effet, quelle que soit la position spécifique de la théorie générale du droit construite par Michel Troper, celle-ci se définit entièrement sur le fondement et par opposition à la science du droit kelsenienne³⁵. Et cette tension entre l'héritage kelsenien de la pensée troperienne et sa volonté de construire un objet spécifique à la théorie générale du droit qu'il défend renvoie à une double difficulté aux origines mêmes du projet épistémologique de l'auteur :

Premièrement, la théorie générale du droit de Michel Troper part de la définition traditionnelle de la science du droit qui demeure, elle-même, nécessairement stipulative. Dans la mesure où la science du droit construit nécessairement son objet³⁶ afin de justifier sa propre activité, une théorie générale distincte de cette science du droit serait également définie stipulativement. Cette critique ne remet pas en cause, en soi, ni le fondement, ni l'intérêt de la théorie du droit troperienne, mais indique qu'elle est construite par rapport à un objet droit qui lui est imposé de l'extérieur³⁷.

³⁵ *Le droit et la nécessité* commence par une définition de la science du droit donnée par Kelsen, bien que le reste de l'avant-propos mentionne simplement « la science du droit ». Il n'est pas déraisonnable de penser, au vu notamment de la filiation intellectuelle de Michel Troper, que c'est bien la science du droit telle que développée et promue par Hans Kelsen qui est l'objet des analyses présentées par l'auteur (V. sur la filiation intellectuelle de Michel Troper, *Leben Ch.*, « Troper et Kelsen », *Droits*, n°37, pp.13s ; V. également, Rials S., « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *ibid.*, pp.53s.)

³⁶ Une entreprise de définition de son objet par la science s'avère, en réalité, vaine dans la mesure même où elle conduit nécessairement à une forme de circularité du raisonnement : Un objet ou un phénomène ne peut être défini scientifiquement d'une manière objective que dans la mesure où peuvent être identifiés des critères objectifs qui, eux-mêmes, doivent reposer sur une justification présentée comme objective. L'objectivation de cette justification et des critères d'identification suppose, soit un rapport particulier à la réalité, soit un rapport à la perception communément admise dans la communauté pertinente considérée. Chacun des termes de la démonstration suppose, à son tour, une définition de la réalité ou de la communauté pertinente dont on peut considérer qu'elle sera, finalement, purement stipulative, ou, à défaut, injustifiable. Dit autrement, présenter un objet comme objectivement déterminable occulte la part d'arbitraire de tout processus d'objectivation. Et par là même, tout processus de définition par une science de son objet dissimule nécessairement la finalité même recherchée par cette science, qu'il s'agisse de postulats relatifs à la scientificité d'un discours, ou d'une entreprise de justification de sa propre activité.

³⁷ Cette critique est d'autant moins dirimante que nombreux sont les auteurs qui cherchent à défendre leurs positions, non pas directement par rapport à un objet qui serait délimité selon des facteurs et critères différents, mais par rapport à des approches méthodologiques concurrentes. Il en va ainsi de François Ost et Michel Van de Kerchove qui fondent leur projet épistémologique sur le fondement, d'une part, des points de vue développés par Hart, et, d'autre part, des définitions communément acceptés des notions de « dogmatique », de « science » et de « doctrine ». V. spéc. Ost F., Van de Kerchove,

Deuxième et corrélativement, ce problème renvoie à une nouvelle difficulté qui a trait à la définition du droit et à son statut dans l'approche théorique défendue. La théorie troperienne du droit se caractérise, de ce point de vue là, de deux manières. D'une part, elle permettrait de rendre compte du droit, mais elle le ferait de manière à saisir le discours juridique dans toute sa spécificité alors même que la science du droit en est incapable. D'autre part, le droit serait considéré pour cette raison comme un fait social spécifique et il ne serait pas nécessaire de s'interroger, ni sur l'essence du droit en ce que cette question est d'ordre métaphysique, ni sur le concept de droit³⁸.

Pourtant, la théorie générale du droit défendue par Michel Troper suppose une prise de position sur la nature même du droit et une double définition du concept de droit. Sur le premier point, le droit est considéré comme un fait social spécifique en ce qu'il est un processus permanent et autoréférentiel de justification du pouvoir. Sur le second point, le concept de droit est défini, d'une part, comme renvoyant à un ensemble d'énoncés juridiques et de théories justificateurs et, d'autre part, à un ensemble de processus intellectuels de justification sur le fondement de ces énoncés et théories juridiques. Les éléments justificateurs sont donc compris à l'aune des opérations intellectuelles de justification sans pour autant que ces éléments soient réduits aux seules règles posées, ni que ces processus ne le soient qu'à la seule liberté de l'interprète.

Un double paradoxe est dès lors visible dans l'approche théorique défendue : d'une part, elle postule certes l'absence de recherche sur le concept de droit et sa nature, mais suppose en revanche une prise de position sur ces deux points et qui ne fait pas, en tant que tel, l'objet d'une démonstration ; d'autre part, elle partage avec la science du droit une définition première de l'objet « droit », à laquelle elle superpose une seconde acception du concept sans pour autant l'expliquer. Ce double paradoxe trouve son fondement dans les présupposés de la science du droit, qui servent de point de départ à la démonstration de Michel Troper, et la volonté de l'auteur de construire une théorie du droit qui rende compte du droit tel qu'il est dans la réalité. Dit autrement, il est possible de questionner sur ce fondement la possibilité même de construire une théorie réaliste du droit en partant des présupposés de la science du droit, et plus particulièrement d'une définition précise et autoréférentielle de la science du droit. Et de manière générale, si la science construit son objet, adopter une approche scientifique supposerait de la part de Michel Troper qu'il entreprenne une démonstration visant à montrer que l'objet qu'il s'assigne correspond à la « réalité », et non qu'il parte d'une définition stipulative et extérieure de l'objet droit pour déterminer les caractéristiques de sa théorie.

Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, pp.27s. et pp.52s.

³⁸ V. l'avant-propos de *Le droit et la nécessité*, pp.3-4.

9. La pensée troperienne semble donc ici trouver un obstacle dans ses origines kelseniennes en ce sens que *Le droit et la nécessité* permettrait de constituer une rupture plus profonde entre la théorie réaliste défendue et la définition traditionnelle de la science du droit. Les articles réunis dans ce recueil peuvent en effet servir de point de départ à une démonstration sur les relations entre la science du droit et le droit en tant que processus de justification spécifique employé par les acteurs des systèmes juridiques. En effet, dans la mesure où les acteurs emploient des théories pour justifier leurs décisions et leur propre liberté, il peut être considéré que la science du droit participe à ce processus spécifique de justification, quand bien même les auteurs de la science du droit ne peuvent être considérés comme des acteurs habilités de ces systèmes. Ces relations entre les concepts du droit et les concepts de la science du droit sont ainsi éclairées par plusieurs articles regroupés dans la partie « histoire » de ce recueil³⁹. Michel Troper présente donc, dans ce recueil, les fondements nécessaires à une réflexion plus générale sur les rapports de la science du droit à son objet.

Cette recherche n'est en revanche possible qu'à la condition d'interroger la nature du droit en ce sens qu'il convient de déterminer le ou les concepts de droit employés par les acteurs et la science du droit pour justifier leurs activités différentes. Il conviendrait donc de renverser la perspective méthodologique en partant, non plus d'une définition de la science du droit dont il conviendrait de réitérer les caractéristiques communément qualifiées de « scientifiques », mais au contraire de déterminer quels sont les concepts de droit employés par les différents acteurs et par la doctrine *lato sensu* pour justifier des activités différentes et pourtant interconnectées. La théorie réaliste supposerait ici de pleinement embrasser une méthode herméneutique d'analyse du droit et, ainsi, de percevoir comment le droit sert à justifier, dans la réalité, différents actes et comportements.

Adopter une approche réaliste du droit supposerait donc de s'interroger sur les relations entre le droit et la réalité, mais également et surtout d'en finir avec tout clivage conceptuel entre le normatif et le réel. L'objet droit devrait ici être considéré à la fois dans ses dimensions normatives et factuelles pour apprécier comment les acteurs du système juridique emploient de manière privilégiée des normes, à la fois pour prescrire le comportement futur des autres acteurs, mais également pour justifier et évaluer leurs propres activités⁴⁰. Comprendre l'objet

³⁹ V. spéc. les chapitres « Les concepts juridiques et l'histoire », *ibid.*, pp.255s. et « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *ibid.*, pp.269s.

⁴⁰ V. par exemple, les critiques adressées à la théorie des contraintes par Ch. Grzegorzczuk, dans « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczuk Ch., Troper M., *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, pp.31-33. Sur

droit dans toute sa complexité, à la fois comme ensemble de règles et processus intellectuels sur le fondement de ces règles, permettrait en retour de rendre compte de la spécificité des différentes activités qui se déploient à l'intérieur d'un système juridique. Il serait ainsi possible d'interroger d'une manière renouvelée les relations entre la prétendue science du droit et son objet, mais également comment elle participe à stabiliser et maintenir les caractéristiques essentielles du système juridique auquel, finalement, elle appartient.

* * *

10. *Le droit et la nécessité* peut donc faire l'objet d'une triple lecture : 1) une lecture naïve, selon laquelle la nécessité semble absente de ce recueil qui n'apporte finalement pas grand-chose à la compréhension de la pensée troperienne ; 2) une lecture plus englobante où *le droit et la nécessité* apparaît comme une précision apportée sur le projet épistémologique défendue par Michel Troper ; 3) et enfin une lecture critique mettant en avant les tensions entre le projet épistémologique défendue par l'auteur et ses fondements.

Cette dernière lecture montre finalement toutes les virtualités présentes dans *Le droit et la nécessité* puisque, sur le fondement des nouvelles thèses défendues par Michel Troper, il serait possible de présenter une théorie réaliste et herméneutique expurgée de ses défauts directement imputables aux origines kelseniennes de sa pensée. Cette tension entre la volonté de construire une théorie réaliste du droit et ses origines positivistes classiques ne doit pas remettre en cause, ni l'apport de ce recueil, ni même les fruits de la démonstration que nous offre l'auteur dans celui-ci⁴¹. Il nous offre le dernier état de sa pensée et nous laisse attendre avec impatience les prochaines analyses de l'auteur, que ce soit

ce point, v. notre article « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes. Application à la question de la fragmentation du droit international », *Jus politicum*, n°7, 2012, p.9.

⁴¹ Michel Troper a pu paraître comme un kelsenien critique en ce sens qu'il lui arriverait de réécrire la pensée kelsenienne afin d'en préserver le caractère vivant (V. Leben Ch., « Troper et Kelsen », *Droits*, n°37, pp.13-29, et spéc. p.29.). La lecture critique que nous proposons de ce troisième recueil d'article peut être nuancée sur ce même fondement. Nous avons tenté de pousser les nouvelles démonstrations de l'auteur de manière à en souligner l'apport et les virtualités. En ce sens, nous nous sommes peut-être permis de réécrire la pensée troperienne pour mieux en souligner l'intérêt dans le paysage théorique et doctrinal.

pour tenter de la critiquer ou pour apprendre de lui les exigences d'une analyse réaliste du droit *et de la science du droit*.

Brice Crottet

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et chercheur à l'Institut Michel Villey.